



Teilurteil Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch den Richter Dr. W***** Moser als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Dr. Hildegard Egle und Dr. Eva-Maria Mayrbäurl in der Rechtssache der klagenden Partei **N**** G*******, Sachverständiger für Kraftfahrzeuge, D-***** , vertreten durch Dr. Leopold Hirsch, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, gegen die beklagte Partei **F**** C** Fahrzeughandel und Reparatur GmbH**, ***** , ***** vertreten durch Dr. Günther Dobretsb****, Dr. M*** Steininger, Rechtsanwälte in 4020 Linz, und der auf Seiten der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenientin **C***** Ö***** GmbH**, ***** , ***** vertreten durch Hausmaninger Herbst Rechtsanwälte-Gesellschaft mbH in 1010 Wien, wegen € 27.353,- s.A., über die Berufungen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin (Berufungsstreitwert jeweils € 26.353,- s.A.) gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 26.4.2005, 30 Cg 115/03w-36, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Beiden Berufungen wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird

1) im Umfang des Zuspruches von € 3.000,- sammt 4 % Zinsen ab 21.5.2003 dahin abgeändert, dass es einschließlich des unangefochten gebliebenen Teiles als Teilurteil zu lauten hat:

„Das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei € 4.000,-- samt 4 % Zinsen ab 8.3.2003 und 4 % Zinsen aus € 26.353,-- vom 8.3.2003 bis 20.5.2003 zu bezahlen, wird abgewiesen.“

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten beider Instanzen bleibt insoweit der Endentscheidung vorbehalten.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

2) im Umfang des Zuspruches von € 23.353,-- samt 4 % Zinsen ab 21.5.2003, davon € 22.353,-- samt 4 % Zinsen ab 21.5.2003 Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeuges Citroen C 5 , Fahrzeugnummer VFDERHZB76275536, sowie hinsichtlich der Kostenentscheidung aufgehoben und die Rechtssache insoweit an das Prozeßgericht erster Instanz zur Entscheidung und Urteilsfällung zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind insoweit weitere Verfahrenskosten.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger hat mit Kaufvertrag vom 12.3.2003 bei der beklagten Partei einen fabriksneuen Citroen HDI 100, Modell BK 8 X mit diverser Zusatzausstattung zum Preis von € 22.353,-- exklusive Umsatzsteuer und NOVA gekauft und ausgeliefert erhalten. Der Kläger hat dieses Fahrzeug für die Ausübung seiner Berufstätigkeit als Sachverständiger gekauft. Dieser Umstand war der beklagten Partei sowohl vor als auch bei Abschluss des Kaufvertrages bekannt.

Mit seiner bei Gericht am 14.5.2003 eingelangten Klage begehrt der Kläger von der Beklagten € 27.353,-- s.A. Er brachte vor, das Fahrzeug sei von Anfang an mit Mängeln behaftet gewesen. Der Kläger habe ca. 50 (im Schriftsatz ON 5 ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgelistete) Mängel gerügt. Die Beklagte sei trotz 8 Verbesserungsversuchen nicht in der Lage gewesen, die Mängel zu beheben.

Die größten Mängel lägen nach wie vor darin, dass die Federung während der Fahrt ohne Grund hart werde, am Morgen kein Bremsdruck bestehe, das Scheinwerferlicht beim Fahren flackere, die Vordertüren bei Wärme von innen nicht zu öffnen seien, bei den Türen Wasser eindringe, die Türen links und rechts am Fensterrahmen eingerissen seien und das Fahrzeug übermäßig roste. Im Schriftsatz vom 15.9.2003 brachte der Kläger vor, dass am Fahrzeug wiederum gravierende Mängel aufgetreten seien. Neben anderen Mängeln wurde behauptet, dass die Federung trotz des Austausches verschiedener Federungssteuerteile nach wie vor plötzlich hart werde. Die mehrfachen Verbesserungsversuche seien erfolglos gewesen. Die nun wiederum aufgetretenen Mängel hätten den Kläger veranlasst, aus Sicherheitsgründen das Fahrzeug nicht mehr zu fahren und es durch ein anderes zu ersetzen.

Da die Beklagte mit der Verbesserung bzw. dem Austausch in Verzug sei bzw. diese verweigere könne der Kläger Preisminderung oder Wandlung begehren. Entsprechend seinem Wahlrecht begehre er Wandlung. Daher werde die Rückerstattung des Kaufpreises begehrt, wobei der Kläger Zug um Zug gegen Rückerstattung des Kaufpreises das Fahrzeug herausgeben werde.

Durch das mangelhafte Fahrzeug und die erfolglosen Verbesserungsversuche seien dem Kläger hohe Unkosten (Fahrtkosten, Verdienstentgang, Telefonate und dergleichen) entstanden, wofür ein Pauschalbetrag von € 1.000,-- geltend gemacht werde. Weil der Motor über ein Jahr nur 80 % Leistung erbracht habe, seien dem Kläger höhere Benzinkosten entstanden. Allein diese rechtfertigten den Anspruch des begehrten Pauschalbetrages.

Der Kläger habe mit der Beklagten vereinbart, dass in den ersten drei Jahren sämtliche Servicearbeiten kostenlos seien und die Verschleißteile kostenlos ausgetauscht würden. In Geld bewertet stelle dies für den Kläger einen Wert von € 4.000,-- dar, der ihm im Falle der Wandlung entgehe und daher ebenfalls geltend gemacht werde.

Die Beklagte bestritt und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie brachte vor, nach Auslieferung des Fahrzeuges habe der Kläger am 18.6.2002 telefonisch Mängel direkt bei „C**** Ö*****“ gerügt. Die vom Kläger reklamierten Mängel seien beim vereinbarten Besichtigungstermin vom 26.6.2002 größtenteils nicht vorgelegen. Das Radio sei in der Folge zur Kontrolle bzw. zum Austausch an das Werk gesendet worden. Elektronikmängel und Scheppergeräusche im Innenraum hätten durch die Werkstätte behoben werden sollen. In weiterer Folge habe der Kläger immer mehr Mängel gerügt, wobei es im Juni und Oktober 2002 ständig Kontakte mit dem Kläger gegeben habe. In alle Mängelrügen sei der Vertriebshändler für Österreich, die C**** Ö***** GmbH, eingebunden gewesen. An sie habe der Kläger das Begehren gerichtet, den Wagen ohne Aufpreis gegen einen Citroen C5 BK 2,2 HDI SX einzutauschen. Als dies abgelehnt worden sei, seien noch mehr Mängel gerügt worden. In der Zeit vom 18.9.2002 bis 28.10.2002 seien in der C****-Werkstätte Süd alle „berechtigten“ Mängel repariert und das Fahrzeug vom gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen M*** F***** abgenommen worden. Am 30.10.2002 habe der Kläger das Fahrzeug wieder übernommen. Dabei habe er wiederum diverse Mängel gerügt. Am 12.11.2002 habe es ein erneutes Treffen mit dem Kläger gegeben. Der Kläger sei aufgefordert worden, die von ihm dabei behaupteten neuen Mängel in seiner Vertrauenswerkstätte reparieren zu lassen, nachdem aus Sicht von „C**** Ö*****“ keine „berechtigten“ Mängel mehr vorhanden gewesen seien. Mit Schreiben vom 3.1.2003, nachdem mit dem Fahrzeug zwischenzeitlich 45.000 km zurückgelegt worden seien, habe der Kläger die Wandlung begehrt und alternativ dazu ein neues 2,2 l Fahrzeug „offeriert“. Die Beklagte und die C***** Ö***** GmbH seien nicht bereit gewesen, diesem Begehren zu entsprechen. Sämtliche vom Kläger gerügten Mängel, soweit sie „berechtigt“ gewesen seien, seien von diversen Werkstätten behoben worden. Eine Vielzahl von Beschwerdepunkten könne allerdings nicht als Mangel akzeptiert werden.

Die Beklagte verkündete der C***** Ö***** GmbH den Streit und forderte sie auf, in diesen Rechtsstreit als Nebenintervenientin einzutreten; dies mit der Begründung, sie sei in die Mängelbehebungen eingeschaltet gewesen und habe der Beklagten die Behebung zugesichert. Sollte sie entgegen dieser Zusicherung nicht alle Mängel beheben haben, stünde der Beklagten ein Regressanspruch zu.

Im ersten Rechtsgang verpflichtete das Erstgericht die Beklagte, der Klägerin € 26.353,- s.A. zu zahlen, davon € 22.353,- s.A. Zug um Zug gegen Herausgabe des vom Kläger gekauften PKW Citroen C5. Das Mehrbegehren auf Zahlung von € 1.000,- s.A. wurde abgewiesen. Das Erstgericht, das österreichisches Recht anwendete, erachtete neben einem Schadenersatzanspruch in der Höhe von insgesamt € 4.000,- das Wandlungsbegehren und das daraus resultierende Begehren auf Rückzahlung des Kaufpreises als berechtigt.

Infolge der Berufungen der Beklagten und der Nebenintervenientin hob das Berufungsgericht zu 6 R 140/04g das Urteil auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zur Verhandlung und Urteilsfällung zurück. Im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt mit Auslandsberührung wurde dem Erstgericht die Klärung des anzuwendenden Rechts, konkret die Klärung der Frage, ob auf den gegenständlichen Warenkauf das UN-Kaufrecht (künftig: UN-K) anzuwenden sei, aufgetragen.

Im fortgesetzten Verfahren brachte der Kläger vor, auf den gegenständlichen Kaufvertrag sei, insbesondere hinsichtlich Gewährleistung österreichisches Recht anzuwenden (ABGB, HGB). Das UN-K sei ausgeschlossen worden, da im Punkt XI. des Kaufvertrages vom 12.3.2002 bestimmt sei, dass das HGB anzuwenden sei. Sollte UN-K anwendbar sein, so habe der Kläger rechtswirksam die Aufhebung des Vertrages erklärt und sei damit berechtigt, gemäß Art 81 Abs 2 die Rückgabe des von ihm Geleisteten zu verlangen. Er sei bereit, das Fahrzeug Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises herauszugeben. Gemäß Art 49 sei der Kläger zur Aufhebung des Vertrages berechtigt, da die Beklagte ihrer vertraglichen Verpflichtung

zur Lieferung eines mängelfreien Fahrzeuges bis heute nicht nachgekommen sei und dies aufgrund der zahlreichen und groben Mängel eine wesentliche Vertragsverletzung darstelle. Dem Kläger sei keine andere Wahl geblieben als Vertragsaufhebung zu erklären, da die Beklagte zahlreiche untaugliche Verbesserungsversuche vorgenommen und es schlussendlich abgelehnt habe, die immer noch bestehenden groben Mängel zu beheben.

Eventualiter wurde vorgebracht, dass der Kläger auch gemäß Abschnitt II UN-K berechtigt sei, die geltend gemachten Ansprüche als Schadenersatz zu begehren. Das gegenständliche Fahrzeug sei derart mangelhaft, dass es für den Kläger keinerlei Wert darstelle. Ein derart mangelhaftes Fahrzeug habe keinen Marktpreis, da es für den Kläger unverkäuflich sei. Er habe daher Anspruch auf Ersatz des gesamten Kaufpreises, da die Beklagte rechtswidrig und schuldhaft ihre Vertragspflichten verletzt habe. Der PKW sei schon zum Kaufzeitpunkt derart mangelhaft gewesen, er sei es auch heute noch. Der Kläger sei bis zur Vertragsaufhebung aufgrund des Verhaltens der Beklagten hingehalten worden. Er habe der Beklagten das vertraglich und gesetzlich zugestandene Recht auf Verbesserung einräumen müssen, obwohl der Beklagten bekannt sein hätte müssen und bekannt gewesen sei, dass die Mängel wesentlich und unbehebbar seien. Dennoch habe sie dies dem Kläger verschwiegen und ihn durch die untauglichen Mängelbehebungsversuche arglistig in die Irre geführt. Der Kläger sei dadurch hingehalten und gezwungen worden, das Fahrzeug zu gebrauchen. Der Umstand, dass das Fahrzeug nunmehr einen Kilometerstand von 112.000 aufweise, sei nicht auf eine Handlung des Klägers zurückzuführen. Es habe für ihn nämlich keine Möglichkeit bestanden, sich mit angemessenen Mitteln eines Ersatzfahrzeuges zu bedienen. Die Beklagte habe sich von Anfang an geweigert, das Fahrzeug zurückzunehmen oder gegen ein mängelfreies auszutauschen.

Hilfsweise wurde das Klagebegehren auf Preisminderung gestützt. Das Fahrzeug habe bereits zum Lieferzeitpunkt keinen Wert

für den Kläger dargestellt, da es schon die vorliegenden Mängel aufgewiesen habe. Diese Mängel seien unbehebbar und würden ein gravierendes Sicherheitsrisiko darstellen. Man hätte mit diesem Fahrzeug von Anfang an nicht fahren dürfen und könne auch heute nicht damit fahren, weshalb der Preis auf Null zu mindern sei.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin bestritten dieses Vorbringen. Die Nebenintervenientin brachte vor, dass selbst bei Anwendung österreichischen Rechtes die Klagsforderung nicht zu Recht bestehe, da die Gewährleistungsfrist nur 6 Monate betrage. „Unter den Bestimmungen des HGB“ habe es der Kläger unterlassen, unverzüglich allfällige Mängel zu rügen, sodass auch deswegen kein Anspruch auf Gewährleistung bestehe. Bei Anwendung des UN-K sei festzustellen, dass der Kläger in Kenntnis der Mängel das Fahrzeug weiterbenutzt habe, sodass er allfällige Ansprüche nach dem UN-K verwirkt habe. Selbst bei Bestehen des Wandlungsanspruches müsse sich der Kläger die bisherige Nutzung des Fahrzeuges anrechnen lassen. Zum Beweis für den anzurechnenden Betrag von € 11.000,- legte die Nebenintervenientin eine Gebrauchtwagenbewertung vor, zu der sie behauptete, es liege ihr nicht der tatsächliche Zustand des Klagsfahrzeuges, sondern der Zustand eines mängelfreien Fahrzeuges mit dem Kilometerstand 112.000 zugrunde.

Die Beklagte brachte ergänzend vor, dass die meisten Mängel nicht ihr gegenüber, sondern gegenüber anderen Personen erhoben worden seien, insbesondere gegenüber anderen Werkstätten, welche der Klägerin im Rahmen der von C***** Ö***** (Nebenintervenientin) gewährten Garantie aufgesucht habe. Derartige Mängelrügen „würden der Beklagten nicht zugehen“.

Mit dem nunmehr angefochtenen Urteil vom 26.4.2005 gab der Erstrichter dem Klagebegehren im gleichen Umfang wie im ersten Rechtsgang statt.

Aus den erstgerichtlichen Feststellungen (Seite 6 bis Seite 20 des Ersturteils), auf die im Übrigen verwiesen wird, sind Folgende hervorzuheben:

Der Kläger benötigte das von der Beklagten gekaufte Fahrzeug, insbesondere auch das mitgekauft Navigationssystem zur Berufsausübung. Das eingebaute Navigationssystem war ihm deswegen wichtig, da er damit Adressen, welche er berufsbedingt anzufahren hatte, aufsuchen konnte. Der Kläger benützte das gekaufte und ihm im Mai 2002 übergebene Fahrzeug größtenteils im Rahmen seiner Sachverständigentätigkeit.

Der Kläger hat bei Unterfertigung des Kaufvertrages die Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten, wie sie im Kaufvertragsformular enthalten sind, akzeptiert. Die Streitparteien haben über die Anwendung eines bestimmten Rechtes nicht gesprochen und insofern die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auch nicht ausgeschlossen, insbesondere haben sie auch die Anwendung des UN-K nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

Die vereinbarten und vom Kläger akzeptierten Liefer- und Verkaufsbedingungen der beklagten Partei enthalten neben Bestimmungen betreffend die Kaufvertragserfüllung, die Übernahme, den Kaufpreis, den Rücktritt, die Ersatzlieferung im Falle des Annahmeverzuges durch den Käufer, den Eigentumsvorbehalt, unter Punkt XI folgende Regelungen betreffend die Gewährleistung:

„1.) Der Verkäufer leistet Käufern, die Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes sind, Gewähr im Sinne der hierfür bestehenden gesetzlichen Vorschriften. Für Kaufleute sind die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB anzuwenden.

2.) In allen Fällen der Gewährleistung gemäß Abs 1 kann sich der Verkäufer von den Ansprüchen auf Aufhebung des Vertrages oder auf Preisminderung dadurch befreien, dass er in angemessener Frist die mangelhafte Sache gegen eine mängelfreie austauscht oder im Falle des Preisminderungsanspruches in angemessener Frist in einer für den Käufer zumutbaren Weise eine Verbesserung durchführt oder das Fehlende nachträgt. Im Falle der Wandlung und der dadurch bedingten Rückstellung des Kraftfahrzeuges durch den Käufer hat die-

ser dem Verkäufer eine angemessene Abgeltung für die Benützung zu leisten.“

Darüber hinaus enthalten die Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten folgende Garantiebestimmungen:

„1.) Der Verkäufer leistet während der Dauer von 12 Monaten nach Erstzulassung mit polizeilichem Kennzeichen bzw. allfälliger früherer Ingebrauchnahme ohne Kilometerbegrenzung Garantie.

.....

*4.) Im Garantiefall kann sich der Käufer an jede C***-Vertragswerkstätte wenden.*

5.) Die Garantieleistung umfasst nach Wahl des die Garantie durchführenden, die Instandsetzung oder den Austausch der als schadhaft anerkannten Teile, sowie die für diese Instandsetzung oder diesen Austausch erforderliche Arbeitszeit. Ein anderer Anspruch steht dem Käufer nicht zu. Damit ist insbesondere ein Anspruch auf Wandlung des Käufers oder Minderung des Kaufpreises ausgeschlossen.

*6.) Die unter Garantie durchgeführten Arbeiten müssen von einer offiziellen C****-Vertragswerkstätte durchgeführt werden.*

.....

8.) Der Austausch von Teilen oder deren Instandsetzung im Rahmen der Garantieleistung verlängert die Garantiefrist weder für das Fahrzeug noch für die Teile.

.....

XIV) Garantie für hydropneumatische Federung.

1.) Der Verkäufer leistet darüber hinaus mit Modellen der hydropneumatischen Federung Garantie auf die Dauer von 2 Jahren und innerhalb der Höchstgrenze von 100.000 gefahrenen Kilometern für alle Hydraulikorgane, aus denen die hydropneumatische Federung besteht, das sind Federkugeln vorne und hinten, Hauptdruckspeicher, Hochdruckpumpe, Höhenkorrektur, Federzylinder, Druckregler.“

Unter Punkt 18 der Allgemeinen Liefer- und Verkaufsbedingungen der beklagten Partei wird für Käufer, welche nicht Verbraucher im

Sinne des Konsumentenschutzgesetzes sind, als Gerichtsstand das sachlich zuständige Gericht, in dessen Sprengel der Firmensitz des Verkäufers gelegen ist, vereinbart.

Bereits kurz nach Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger trat eine Unwucht an den Rädern auf und funktionierte die Fernbedienung des Radios nicht. Der Kläger wandte sich an die Beklagte, welche die Fernbedienung für das Radio erneuerte. Die Unwucht an den Rädern des Fahrzeuges ließ der Kläger bei einer anderen Werkstätte beheben. Die beklagte Partei bezahlte jedoch die Kosten hierfür, da tatsächlich eine Unwucht gegeben war.

In der Zeit bis etwa Mitte Juni 2002 trat beim Getriebe im Schiebetrieb ein lautes singendes Geräusch auf, setzte der Tempomat zeitweilig aus, ließen sich die Türen ab und zu nicht öffnen, schaltete das Radio nicht ab, traten Scheppergeräusche im Innenraum des Fahrzeuges auf, vibrierte das Fahrzeug bei höheren Geschwindigkeiten und fiel auch die Elektronik der Tachoeinheit zeitweilig aus. Alle diese Mängel rügte der Kläger etwa Mitte Juni 2002 gegenüber der Nebenintervenientin telefonisch, worauf für Ende Juni 2002 ein Besichtigungstermin mit dem Kläger vereinbart wurde. Nach diesem Besichtigungstermin wurde das Radio zwecks Austausch bzw. Kontrolle an das Herstellerwerk gesendet. Die Elektronikmängel sollten durch die beklagte Partei behoben werden, ebenso die gerügten Scheppergeräusche im Innenraum des Fahrzeuges.

Da im Zuge der Benützung des Fahrzeuges immer wieder Mängel auftraten, suchte der Kläger neben der beklagten Partei auch verschiedene andere C****-Werkstätten in Österreich auf, um verschiedene Mängel beheben zu lassen. Aufgrund der immer wieder aufgetretenen und vom Kläger gerügten Mängel wurde das Fahrzeug im Auftrag der Nebenintervenientin im September 2002 von einer C****-Werkstätte übernommen, um es einer grundlegenden Überprüfung und einer dauerhaften Mangelbehebung zu unterziehen. Das Fahrzeug wurde zwischen 18.9.2002 und 28.10.2002 durchgeprüft, soweit

notwenig repariert und am 28.10.2002 vom allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das KFZ-Wesen M*** F***** im unzerlegten Zustand besichtigt und begutachtet. Nach Erstattung dieses Gutachtens, in dem der Sachverständige die auf S.11 und 12 oben des Ersturteils festgestellten Mängel feststellte, wurde das Fahrzeug am 30.10.2002 wieder an den Kläger übergeben und dabei folgende Punkte in einem Übergabeprotokoll, das vom Kläger und vom Mitarbeiter der Nebenintervenientin W***** B**** unterfertigt wurde, festgehalten:

„1.) Fahrertür innen - leichte Schleifspuren von Montage.

2.) Motorhaube bei hinterer Abdeckung leichte Schleifspuren von der Montage.

3.) Bei Beifahrertüre im Bereich der Seitenscheibe - Wassertropfen im Innenbereich der Seitenscheibe.

4.) Blende bei Hecktürgriff lose.

5.) Navigation verliert teilweise die Position.

6.) Radiophon wurde erneuert - aber nicht getestet.

*(Für) Die unter Punkt 1.) und 2.) genannten Mängel übernimmt die Reparaturkosten C**** Ö***** GmbH Wien. Die Punkte 3.) bis 5.) werden in Garantie überprüft und behoben. Punkt 6.) wurde laut Probefahrt für gut befunden (Telefonkarte vom Kunden war nicht verfügbar).“*

Auch diese bei der Übergabe am 30.10.2002 festgestellten Mängel waren gegeben und wurden deshalb im Übergabeprotokoll festgehalten.

Im Winter 2002/2003 traten an beiden vorderen Türen Risse im Bereich des Überganges des Glasrahmens zum übrigen Türblatt auf. An dieser Stelle bildete sich in der Folge Rost. Das Einreißen dieser beiden Türblätter ist für ein nicht einmal 2 Jahre altes Fahrzeug untypisch.

Schon relativ bald nach Auslieferung des Fahrzeuges an den Kläger im Mai 2002 trat ein Flackern beim Licht der Scheinwerfer auf,

was sich so zeigt, dass das eingeschaltete Licht für kurze Zeit, vielleicht für eine Sekunde, schwächer wird, offenbar dann, wenn sich ein weiterer Stromverbraucher zuschaltet. Dies führt bei längeren Fahrten dazu, dass das Licht öfter und zwar durchaus auch 39 bis 40mal pro Minuten für etwa eine Sekunde schwächer wird, ehe es wieder seine volle Leuchtkraft erreicht. Dieses Problem wurde bislang nicht behoben und tritt am Fahrzeug nach wie vor auf. Das Lichtflackern beeinträchtigt die Fahrsicherheit bei Fahrten in der Dunkelheit, weil die schwankende Leuchtkraft zu einer geringeren Ausleuchtung der vor dem Fahrzeug liegenden Verkehrsfläche führt. Es ist zugleich irritierend, da es unregelmäßig auftritt.

Anlässlich der Befundaufnahme durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen DI H***** im Herbst 2003 wurde von der Nebenintervenientin gesagt, dass dieses Problem des Lichtflackerns bekannt sei und demnächst eine Mängelbehebung erfolgen werde.

Bis zum Abmelden des gegenständlichen Fahrzeuges bestand ein weiterer Mangel darin, dass das an einer abschüssigen Stelle abgestellte Klagsfahrzeug über die Fußbremse allein während des Startvorganges, bei dem die Kupplung zu treten ist, nicht im Stillstand gehalten werden konnte. Diesfalls konnte das Klagsfahrzeug nur über die Handbremse im Stillstand gehalten werden. Zum Anziehen der Handbremse benötigt man allerdings einen größeren Kraftaufwand, welcher von körperlich schwächeren Personen nur schwer aufzubringen ist.

Beim gegenständlichen Fahrzeug werden konstruktionsbedingt sowohl die Betriebsbremse als auch die Feststellbremse über die eingebaute Hydropneumatik bedient. Der Unterdruck im Bremskraftverstärker lässt sich bei einem längeren Stillstand nicht aufrechterhalten, was konstruktionsbedingt auch bei anderen Fahrzeugen der Fall ist. Beim gegenständlichen Fahrzeug benötigt man allerdings aufgrund der nach einem längeren Stillstand nicht vorhandenen Servo- bzw. Bremskraftunterstützung einen wesentlich höheren Kraftaufwand zum Arretieren der Feststellbremse. Diesem Umstand kann nur dadurch

begegnet werden, dass man schon beim Abstellen des Fahrzeuges die Feststellbremse anzieht. Zur Winterszeit ist es allerdings grundsätzlich ratsam, die Feststellbremse nicht anzuziehen. In diesem Fall müsste man das Klagsfahrzeug an einer abschüssigen Stelle durch einen Unterlegekeil oder dergleichen vor dem Abrollen sichern.

Beim Klagsfahrzeug ist auch immer wieder das Problem aufgetreten, dass während der Fahrt die hydropneumatische Federung plötzlich hart geworden ist, worauf von der Firma F*** in Salzburg die Federkugeln und der Höhenkorrektor hinten getauscht wurden. Dennoch wird die Federung beim Klagsfahrzeug auch heute noch unvermutet hart. Dies kann beim Durchfahren von Kurven mit unebener Fahrbahnoberfläche die Fahrsicherheit und zwar die Spurstabilität des Fahrzeuges beeinträchtigen.

Schon im ersten Sommer nach Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger ließen sich mehrmals bei höheren Außentemperaturen ab etwa 25 bis 30 Grad Celsius die beiden vorderen Türen weder von innen noch von außen öffnen. Diesfalls musste der Kläger über die Hintertüren aussteigen. Diesen Mangel rügte der Kläger nicht gegenüber der beklagten Partei, sondern gegenüber anderen Citroen-Händlern. Zunächst gab es für dieses Problem keine Lösung. Erst im weiteren Verlauf versuchte man, diesem Mangel durch Einbau eines Gestänges zu begegnen. Es kann nicht festgestellt werden, ob beim klägerischen Fahrzeug dieser Mangel durch den Einbau eines Gestänges tatsächlich behoben wurde oder nicht.

Während der Benützung des Fahrzeuges durch den Kläger ist es vier- bis fünfmal dazu gekommen, dass die Elektronik des Fahrzeuges total ausgefallen ist, sodass keine elektronischen Anzeigen mehr ablesbar waren. Aufgrund eines derartigen Elektronikausfalles müssen die Anzeigen neu initialisiert werden, wovon neben dem Radio auch das Navigationssystem und andere Elektronikteile betroffen sind. Zugleich fällt mit der Elektronik auch die Beleuchtung des Fahrzeuges aus. Zu derartigen Ausfällen kommt es insbesondere bei feuchter Witterung.

Der beklagten Partei ist bekannt, dass es beim gegenständlichen Fahrzeug offenbar ausgelöst durch Stromschwankungen dazu kommt, dass das Navigationssystem in seiner Anzeige schlechter wird oder dass die Zielvorgabe verloren geht, sodass das Navigationssystem den Zielort neu errechnen muss. Weiters kann dieser Umstand dazu führen, dass man die Werkstätte aufsuchen muss, um das Navigationssystem neu zu programmieren. Es ist nicht feststellbar, ob dieses Elektronikproblem am Klagsfahrzeug bereits behoben wurde oder noch immer besteht.

Das Klagsfahrzeug ist mittels eines zentralen Steuergerätes (Datenbus) gesteuert. Dies hat zur Folge, dass beim Ausfall eines einzelnen Endverbrauchers, der an diesem Datenbus hängt, auch die übrigen Verbraucher ausfallen oder zumindest Störungsbetrieb anzeigen. Der Datenbus wurde aufgrund von Mängeln beim Klagsfahrzeug schon zweimal ausgetauscht.

Der Kläger suchte etwa im Herbst 2002 zum Zwecke der Durchführung des 60.000 km Services die Werkstätte der Firma C***** F*** in Salzburg auf. Abgesehen vom durchzuführenden Service waren damals auch diverse Mängel am Fahrzeug gegeben. Die Firma F*** konnte jedoch nicht sämtliche Mängel beheben, da es dazu notwendig gewesen wäre, das Klagsfahrzeug zumindest für eine Woche in der Werkstätte zu belassen, was nicht möglich war, weil dem Kläger, der beruflich ein Leihauto mit Navigationssystem gebraucht hätte, ein solches Leihauto nicht zur Verfügung gestellt werden konnte. Der Kläger suchte die Firma F*** in Salzburg etwa 10 bis 15mal auf und gab immer wieder Mängel am Fahrzeug an.

Am 20.10.2003 wurden vom gerichtlich bestellten Sachverständigen DI W***** H***** bei der Befundaufnahme folgende Umstände am Fahrzeug des Klägers festgestellt:

„Die Türspalte an den A-, B- und C-Säulen sind nahezu ident. Die Türen schließen mit verhältnismäßig normalem Kraftaufwand. Die einzelnen Türspalten weisen keine auffällig größeren Unterschiede auf.

Der rechte vordere Scheinwerfer steht seitlich etwas über die Flanke des rechten Kotflügels hervor. Bei vergleichbaren Fahrzeugen ist das seitliche Vorstehen des Scheinwerfers in diesem Ausmaß nicht feststellbar. Dieser Mangel wäre nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand zu beheben (Schönheitsfehler).

Bei allen 4 Seitenscheibenrahmen befand sich zwischen den Seitenscheiben und den Dichtungen Kondenswasser.

Der Anschluss des Kotflügels zur A-Säule (vertikale Windschutzscheibeneinfassung) ist rechts und links ungleich. Dieser ungleiche Spalt ist allerdings auch bei den übrigen Fahrzeugen der ersten Serie gegeben. Die Spaltmaße der Motorhaube zu den beiden Kotflügeln sind nicht ganz ident, der Unterschied ist jedoch kaum sichtbar (Schönheitsfehler).

Das Spaltmaß des Kofferraumdeckels an der linken unteren Ecke ist kleiner als an den übrigen Stellen, insbesondere kleiner als im Bereich der rechten unteren Ecke. Dieses ungleiche Spaltmaß ist allerdings auch bei den übrigen Fahrzeugen der ersten Reihe gegeben.

Der Schiebedachdeckel befindet sich nicht überall auf gleicher Höhe mit dem Dach, insbesondere im rechten vorderen Bereich sitzt das Schiebedach etwas tiefer als an den übrigen Stellen. Dieser Mangel ist wirtschaftlich nicht behebbar.

Bei der am 20.10.2003 durchgeführten, etwa eine halbe Stunde dauernden Probefahrt, konnten keine auffälligen Knarr- und Knistergeräusche im Inneren des Fahrzeuges festgestellt werden.

Bei den durchgeführten Autobahnfahrten traten jedoch bei höherem Tempo im Fahrzeuginneren Windgeräusche auf, die allerdings auch bei anderen Fahrzeugen dieses Typs feststellbar sind.

Im Fahrbetrieb ohne Last ergibt sich beim Fahrzeug ein leichtes singendes Schwinggeräusch, wobei nicht feststellbar war, ob dieses vom Getriebe herrührt. Dieses Geräusch stellt keinen mechanischen Mangel dar. Der Motor des Klagsfahrzeuges lief bei der Befundaufnahme etwas und kerniger als bei einem Vergleichsfahrzeug dersel-

ben Type allerdings mit einer Laufleistung von lediglich 2.000 Kilometer.

Die Motorplastikabdeckung war anlässlich der Befundaufnahme mit 4 Schrauben provisorisch befestigt.

Die Abdeckung der Nummerntafelbeleuchtung stand an den Rändern leicht vor bzw. lag nicht plan am Heckdeckel an.

Die seitlichen Deckel, die die Ablagefächer im Kofferraum links und rechts verschließen sollen, stehen im oberen Bereich seitlich etwas über die Innenverkleidung vor und schließen somit im oberen hinteren Eckbereich dieser Ablagemöglichkeit nicht völlig ab (Schönheitsfehler). Es ist nicht feststellbar, ob dieser Mangel bereits zum Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeuges gegeben war oder nicht. Ebenso wenig ist feststellbar, wann es dazu kam, dass der Dichtgummi der Heckklappe die beiden Innenverkleidungen zwischen Heckklappe und rückwärtigem Seitenfenster nicht umschließt, sodass das Ende dieser Innenverkleidungen seitlich über die beiden Heckklappengummi vorsteht.

Die Sicherheitsgurten rollen offensichtlich konstruktionsbedingt relativ langsam auf.

Die Abdeckleiste bei der Navigationshaube weist an der rechten Seite einen kaum sichtbaren größeren Spalt auf als an der linken Seite“.

Aufgrund der immer wieder aufgetretenen Mängel meldete der Kläger das gegenständliche Fahrzeug im September 2003 ab und benutzte es seither nicht mehr. Zum Zeitpunkt der Abmeldung hatte das Fahrzeug einen Kilometerstand von etwa 112.000.

Gleichzeitig mit dem Fahrzeugkauf schloss der Kläger mit der Beklagten einen Servicevertrag ab, indem sich die Beklagte verpflichtete, binnen zwei Jahren ab Auslieferung des Fahrzeuges ohne Kilometerbegrenzung Servicearbeiten und den Austausch von Verschleißteilen kostenlos durchzuführen. Weiters wurde eine Mobilitätsgarantie vereinbart, aufgrund der dem Kläger in Zeiten von durchzuführenden Servicearbeiten oder Mängelbehebungen ein Ersatzfahrzeug zur Ver-

fügung zu stellen ist. Der Kläger hat bis zum Abmelden des gegenständlichen Fahrzeuges im September 2003 fünfmal ein Service im Rahmen des mit der Beklagten abgeschlossenen Servicevertrages in Anspruch genommen. Ein solches Service kostete durchschnittlich etwa € 400,--.

Der Kläger hat die Werkstätte der Beklagten zwecks Behebung von Mängeln fünf- bis sechsmal aufgesucht. Da er sich jedesmal einen Termin reservieren lassen musste und ihm auch die Distanz zur Werkstätte der Beklagten zu weit war, suchte er nach diesen fünf- bis sechsmal andere Werkstätten auf, um aufgetretene Mängel beheben zu lassen.

Mit Schreiben vom 3.1.2003 forderte der Klagsvertreter die C****-Ö***** Gesellschaft mbH unter Hinweis auf die infolge Mangelhaftigkeit berechnete Wandlung des Kaufvertrages auf, den bezahlten Kaufpreis zuzüglich frustrierter Kosten für den Servicevertrag und Kosten des Einschreitens des Klagsvertreters zu bezahlen und das Fahrzeug des Klägers zurückzunehmen.

Mit Schreiben vom 14.1.2004 forderte der Klagsvertreter den Beklagtenvertreter auf, entsprechend der Gewährleistungs- und Garantieverpflichtung sämtliche klagsgegenständlichen Mängel binnen einer Frist von 14 Tagen zu beheben, andernfalls von der Unbehebbarkeit der Mängel auszugehen und der Wandlungsanspruch gerechtfertigt wäre. Der Beklagtenvertreter forderte daraufhin mit Schreiben vom 20.1.2004 den Klagsvertreter auf, die Mängel genau zu bezeichnen und die Frist zur Behebung auf 4 Wochen zu erstrecken. Mit Schreiben vom 21.1.2004 lehnte der Klagsvertreter eine Fristverlängerung zur Mängelbehebung ab.

Dem Kläger sind Spesen in Form von Fahrtkosten und Telefonkosten dadurch aufgelaufen, dass er in Zusammenhang mit den von ihm gerügten und am Fahrzeug festgestellten Mängeln unzählige Male C****-Werkstätten aufgesucht hat.

Der Kläger hat schon im Zuge der ersten aufgetretenen Mängel angeboten, sein Fahrzeug gegen ein typengleiches Fahrzeug auszu-tauschen. Das hat die beklagte Partei abgelehnt.

In der rechtlichen Beurteilung führt der Erstrichter zur Frage des anzuwendenden Rechtes aus, dass auf den Kaufvertrag grund-sätzlich das in Österreich und Deutschland geltende UN-K anzuwen-den sei. Seine Anwendung könne gemäß Art 6 UN-K durch Parteien-vereinbarung, etwa in wirksamen AGB, ausgeschlossen werden. Auch ein stillschweigender Ausschluss sei möglich. Als solcher sei die Ver- einbarung eines vom Übereinkommen abweichenden Rechts sowie die Einbeziehung von AGB in den Vertrag zu werten, wenn diese er- kennbar auf einem bestimmten nationalen Recht aufbauten. Auch die Vereinbarung einzelner Vorschriften einer nationalen Rechtsordnung könne, insbesondere wenn sie zentrale Pflichten treffe, als deutlicher Hinweis auf einen auf Abbedingung gerichteten Willen betrachtet werden. Schließlich könne auch die Vereinbarung eines Gerichts- standes für die Abbedingung des UN-K sprechen.

Der Kläger stütze sein Begehren trotz des deutschen Wohnsit- zes auf österreichisches Recht (ohne UN-K) und behaupte, dass die Anwendung des UN-K dadurch ausgeschlossen worden sei, dass im Punkt XI der AGB der Beklagten bestimmt sei, dass das HGB anzu- wenden sei. Das sei von der Beklagten und der Nebenintervenientin nur unsubstantiiert und „formal“ bestritten worden.

Unabhängig von diesem prozessualen Argument ergebe sich auch aus den Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten, dass die Parteien die Anwendung des Übereinkommens stillschweigend abbedungen hätten. Die Aussage des Klägers, dass die Anwendung des UN-K nicht ausgeschlossen worden sei, sage in diesem Zusam- menhang nur aus, dass es keinen ausdrücklichen Ausschluss gebe, was ohnehin unstrittig sei. Die Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten stellten dadurch erkennbar auf das österreichische Recht abseits des UN-K ab, dass die Gewährleistungsverpflichtung in wich- tigen Punkten auf eigene Art und Weise geregelt werde. Durch die

Bezugnahme auf das Konsumentenschutzgesetz und auf die Bestimmungen des HGB werde auf ein bestimmtes nationales Recht, nämlich das österreichische abseits des UN-K abgestellt. Auch die umfangreichen Garantiebestimmungen und die Gerichtsstandsvereinbarung wiesen in diese Richtung. Letztlich sei zu bedenken, dass das UN-K auch nur teilweise ausgeschlossen werden könne, was in der Regel für einen Verweis auf akzeptierte AGB gelte. Die Streitparteien hätten daher jedenfalls die Anwendung des UN-K, soweit es die Gewährleistungsverpflichtungen der Beklagten betreffe, stillschweigend abbedungen. Daher seien diese nach den seit 1.1.2002 geltenden Gewährleistungsbestimmungen des ABGB „respektive“ HGB bzw. den in den Liefer- und Vertragsbedingungen enthaltenen vertraglichen Vereinbarungen abzuhandeln. Ausgehend von den Bestimmungen des neuen § 932 ABGB stehe dem Kläger das Wandlungsrecht zu. Noch jetzt gebe es Probleme mit dem flackernden Fahrlicht und der flackernden Instrumentenbeleuchtung und mit Ausfällen der Elektronik. Auch die Federung werde noch unvermutet hart. Wenn es die Beklagte trotz laufender Mängelrüge durch den Kläger innerhalb eines Zeitraumes von 1 ½ Jahren nicht zustande bringe, die Mängel zu beheben, sei davon auszugehen, dass eine Verbesserung nicht möglich sei. Die noch vorhandenen Mängel seien auch nicht geringfügig. Die Beklagte habe den Austausch des PKWs verweigert. Daher sei das Wandlungsbegehren berechtigt.

Darüber hinaus sei der Kläger nach § 933a ABGB berechtigt Schadenersatz zu begehren. Aus dem Umstand, dass das Fahrzeug nach wie vor mangelhaft sei, ergebe sich, dass die Beklagte dem Kaufvertrag nicht entsprochen habe. Sie hätte zu beweisen, dass sie daran kein Verschulden trifft. Dass sie die Mängel nicht verschuldet habe, habe sie jedoch gar nicht behauptet.

Ein Schaden sei dem Kläger durch die für die zahlreichen Werkstättenbesuche entstandenen Fahrtkosten und für Telefonkosten entstanden. Der dafür begehrte Betrag sei nach § 273 ZPO mit € 1.000,-- auszumitteln.

Aufgrund der Wandlung des Kaufvertrages sei dem Kläger auch dadurch ein Schaden entstanden, dass er die mit der Beklagten für zwei Jahre vereinbarte kostenlose Serviceleistung nicht mehr weiter in Anspruch nehmen könne. Ausgehend davon, dass bei zunehmender Kilometerleistung und zunehmendem Alter des Fahrzeuges die Serviceleistungen und die zu ersetzenden Verschleißteile zunehmen, sei der hinfällig gewordene Wert der Servicevereinbarung gemäß § 273 ZPO mit € 3.000,-- zu bewerten.

Damit ergebe sich ein Zuspruch von € 26.353,-- an den Kläger, zu dessen Zahlung die Beklagte Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges zu verpflichten gewesen sei, weil der Kläger von sich aus die Leistung Zug um Zug angeboten habe.

Die Beklagte habe aus dem Titel Benutzungsentgelt keine Gegenforderung eingewendet, weshalb eine solche nicht berücksichtigt werden könne. Der einfache Nebenintervenient sei nicht berechtigt, eine der Beklagten zustehende Gegenforderung einzuwenden.

(Erkennbar) gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteil richten sich die Berufungen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin. Als Berufungsgründe macht die Beklagte unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsfeststellungen, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung und die Nebenintervenientin unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend. Beide Berufungswerber beantragen, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde. In eventu wird jeweils ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die klagende Partei erstattete zu beiden Berufungen eine Berufsbeantwortung mit dem Antrag ihnen keine Folge zu geben.

Beide Berufungen sind berechtigt.

Weil beide Berufungen im Wesentlichen dieselben Fragen erörtern, werden sie aus Gründen der Zweckmäßigkeit gemeinsam erledigt.

1. Zur Tatsachen- und Beweisrüge:

1.1. Beide Berufungswerber wenden sich gegen die „Feststellung“, dass es einen Mangel begründe, dass das an einer abschüssigen Stelle abgestellte Fahrzeug über die Fußbremse allein während des Startvorganges, bei dem die Kupplung zu treten ist, nicht im Stillstand gehalten werden kann und dafür die Handbremse benötigt wird.

1.2. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen ist es auf die Konstruktion des Bremssystems zurückzuführen, dass das Fahrzeug des Klägers, wenn es an einer abschüssigen Stelle abgestellt ist, während des Startvorganges allein über die Fußbremse nicht im Stillstand gehalten werden kann und zum Arretieren der Feststellbremse nach einem längeren Stillstand ein wesentlich höherer Kraftaufwand erforderlich ist. Dies deshalb, weil sowohl Betriebsbremse als auch Feststellbremse über die eingebaute Hydropneumatik bedient werden und sich der Unterdruck im Bremskraftverstärker bei einem längeren Stillstand nicht aufrechterhalten lässt. Dies ist grundsätzlich auch bei anderen Fahrzeugen der Fall, bei einer mechanischen Feststellbremse aber offensichtlich weniger bedeutsam. Dass diese Konstruktion an sich mangelhaft wäre, kam im abgeführten Beweisverfahren nicht hervor. Die unstittig erlangte Typengenehmigung für das Fahrzeug spricht dagegen. Demgemäß kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Mangel am Bremssystem vorhanden ist. Der gegenteiligen rechtlichen Einschätzung des Erstrichters, der im Rahmen der Tatsachenfeststellung einen solchen Mangel „feststellt“, wird vom Berufungsgericht nicht gefolgt. Von einem Mangel am Bremssystem des Fahrzeuges kann daher in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Berufungswerber nicht ausgegangen werden.

1.3. Die Nebenintervenientin bekämpft die erstgerichtliche Feststellung, dass die Federung beim Klagsfahrzeug auch heute noch unvermutet hart wird. Die Beklagte bestreitet diesen Mangel ebenfalls und führt aus, dazu habe das Erstgericht keine ausdrückliche Feststellung getroffen. Von beiden Berufungswerbern wird zum Hartwerden der Federung eine negative Feststellung begehrt.

1.4. Dass die Federung, obwohl die Federkugeln und der Höhenkorrektor hinten ausgetauscht wurden, auch heute noch unvermutet hart wird, stellte das Erstgericht entgegen den Berufungsausführungen der Beklagten fest (Seite 15 des Urteils). Diesen Umstand bestätigte der Kläger bei seiner Parteieinvernahme (ON 25, Seite 10). Die Richtigkeit seiner Aussage vermögen die vorliegenden Berufungen nicht ernsthaft in Frage zu stellen:

Der Zeuge J**** L**** sagte aus, er wisse nicht, ob derzeit die Federung hart werde (ON 15, Seite 4). Aus seiner Aussage kann daher nicht verlässlich abgeleitet werden, dass das Problem nicht mehr besteht. Andererseits bestätigte er aber, dass der Mangel, „so wie es der Kläger geschildert hat“ jedenfalls vorhanden war, weil er ihn selbst bei einer Fahrt (allerdings vor den durchgeführten Behebungsarbeiten) feststellen konnte (ON 15, Seite 3). Nachdem die Reparaturarbeiten am Fahrzeug des Klägers, wie sich aus den Feststellungen ergibt, keinesfalls immer erfolgreich waren, ist es durchaus denkbar, dass der Mangel an der Federung trotz der Behebungsversuche nach wie vor vorhanden ist. Da das Hartwerden der Federung plötzlich und unvermutet auftritt, also nicht ständig vorhanden ist, ist es auch möglich, dass es noch immer vorkommt, obwohl es von den Sachverständigen nicht festgestellt werden konnte. Daher kann auch allein daraus nicht abgeleitet werden, dass dieser Mangel nicht mehr vorhanden wäre.

1.5. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen hat der Kläger den Mangel, dass sich die Türen weder von innen noch von außen öffnen lassen, nicht gegenüber der Beklagten, sondern gegenüber anderen C****-Händlern gerügt (Seite 14 des Ersturteils). Daher scheidet ein auf diesen Mangel gestützter Anspruch des Klägers - wie bei der Erledigung der Rechtsrüge noch zu zeigen sein wird - schon daran, dass keine ordnungsgemäße Mängelrüge erhoben wurde. Die von beiden Berufungswerberinnen bekämpfte Negativstellung zur Frage, ob dieser Mangel behoben wurde, ist für sie daher nicht nachteilig.

1.6. Die Ausführungen des Sachverständigen DI H*****, wonach die Automobilhersteller generell dazu übergehen, Datenbusleitungen wie sie im Fahrzeug des Klägers vorhanden sind, zu installieren, vermag den festgestellten, von der Nebenintervenientin bekämpften Umstand, dass das zentrale Steuergerät (Datenbus) zur Folge hat, dass beim Ausfall eines einzelnen Endverbrauchers auch die übrigen Verbraucher ausfallen oder zumindest Störungsbetrieb anzeigen, nichts zu ändern. Daher ist das Sachverständigengutachten auch nicht geeignet, diese bekämpfte Feststellung zu erschüttern. Dass es Probleme mit dem Datenbus gab, sagte nicht nur der Kläger aus, sondern ergibt sich auch aus der Aussage der Zeugen L**** (ON 15, Seite 2) und K**** (ON 25, Seite 5). Es steht auch - unbekämpft - fest, dass der Datenbus aufgrund von bestehenden Mängeln schon zweimal getauscht wurde (Seite 15 des Ersturteils). Die von der Nebenintervenientin begehrte Feststellung, dass die behaupteten Mängel im Zusammenhang mit dem Datenbus und einem damit zusammenhängenden Elektronikausfall nicht festgestellt werden hätten können, kann daher nicht getroffen werden.

1.7. Soweit die Nebenintervenientin die Feststellung bekämpft, dass der Kläger die Werkstätte der Beklagten zwecks Behebung von Mängeln 5 bis 6mal aufgesucht hat und stattdessen die Feststellung begehrt, dass dies nur einmal der Fall gewesen sei, läßt sie offen und ist auch sonst nicht ersichtlich, warum der angestrebte Sachverhalt zu einem für die Beklagte günstigeren rechtlichen Ergebnis führen sollte als der festgestellte. Daher kann ihrer Beweistrüge in diesem Punkt schon deshalb kein Erfolg beschieden sein.

1.8. Dass das Lichtflackern bei Fahrzeugen des Typs Citroen C5 auftritt, kann, ausgehend von der Aussage des Zeugen Klopff ohne Zweifel als erwiesen angenommen werden. Es wird durch die - nicht bekämpfte - Feststellung über eine Äußerung des Vertreters der Nebenintervenientin im Zuge der Befundaufnahme durch den Sachverständigen DI H***** am 20.10.2003 bestätigt (Seite 19 des Ersturteils). Unzutreffend zitiert die Nebenintervenientin den Sachverstän-

digen DI H*****, wenn sie ausführt, dass dieser den Mangel nicht feststellen habe können. Er beschreibt ihn vielmehr im schriftlichen Gutachten unter Punkt 18 und verweist auf die - vom Erstrichter festgestellte - Mitteilung der Nebenintervenientin über die beabsichtigte Lösung des Problems (ON 21, Seite 4). Daher vermag der im -zeitlich vor dem Sachverständigengutachten H***** erstellten- Gutachten des Sachverständigen F***** enthaltene Hinweis darauf, dass das Flackern des Fahrlichtes durch eine neue Einspielung der letzten Software behoben worden sei, das (möglicherweise neuerliche) Auftreten des Mangels in der Zeit danach nicht in Frage zu stellen. Immerhin führt der Beklagtenvertreter in seinem Schreiben vom 14. April 2004 an den Klagevertrter noch aus, dass zu diesem Mangel (Punkt 18 des Gutachtens H*****) noch nichts Neues vorliege (Beilage ./7).

Aus den Ausführungen des Sachverständigen H***** ergibt sich auch, dass das Lichtflackern zu einer sicherheitsrelevanten Beeinträchtigung während der Fahrt führen kann (ON 25, Seite 15), weshalb die von beiden Berufungswerbern begehrte gegenteilige Feststellung nicht getroffen werden kann.

1.9. Somit erweisen sich die Tatsachen- und Beweistrügen beider Berufungswerberinnen als nicht berechtigt. Das Berufungsgericht legt die erstgerichtlichen Feststellungen, soweit sie für seine rechtliche Beurteilung von Bedeutung sind, als unbedenklich zugrunde.

2. Zur Rechtsrüge:

2.1. Dass der gegenständliche PKW-Kaufvertrag die objektiven Anwendungsvoraussetzungen des UN-Kaufrechtes erfüllt, wird im Berufungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt. Während der Kläger jedoch weiterhin die Auffassung vertritt, dass das UN-Kaufrecht abbedungen worden sei, wenden sich sowohl die Beklagte als auch die Nebenintervenientin gegen die Rechtsauffassung des Erstrichters, dass die Parteien die Anwendung des UN-Kaufrechtes zumindest soweit es die Gewährleistungspflicht der Beklagten betreffe, stillschweigend abbedungen hätten. Sie führen dazu zusammengefasst aus, für die Prüfung der Frage, ob die Parteien das UN-Kaufrecht stillschwei-

gend ausgeschlossen hätten, komme es auf den wirklichen und nicht auf den hypothetischen Parteiwillen an. Aus den rudimentären Bestimmungen zur Gewährleistung in den AGB der Beklagten könne nicht auf einen diesbezüglichen Willen der Parteien geschlossen werden. Es liege in der Natur der Sache, dass die vereinbarten Liefer- und Verkaufsbedingungen der Beklagten als österreichischer KFZ-Händlerin primär auf österreichisches Recht abstellten. Für den Ausnahmefall, dass der Erwerber ein Nichtösterreicher sei, werde darin keine Regelung getroffen. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, dass (zumindest) die Beklagte bei einem Vertragsabschluss mit einem Nichtösterreicher das UN-Kaufrecht nicht angewendet haben möchte. Nach Pkt XI. des Kaufvertrages seien für Kaufleute die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB anzuwenden. Der Kläger als KFZ-Sachverständiger sei zwar Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG aber nicht Kaufmann nach dem HGB. Garantiezusagen seien sowohl nach UN-Kaufrecht als auch nach dem ABGB möglich, weshalb auch die umfangreichen Garantiebestimmungen, die im KFZ-Bereich geradezu Standard seien, kein Hinweis darauf seien, dass der seinerzeitige Geschäftswille auf die Abbedingung des UN-Kaufrechtes gerichtet gewesen sei.

2.2. Nach Art 6 UN-K dürfen die Parteien die Geltung des UN-Kaufrechtes vollständig und auch teilweise ausschließen. Seine Grenze findet die Privatautonomie bei Art 12 über die vorbehaltene Schriftform. Ausdrücklich wird das UN-K nur dann vollkommen ausgeschlossen, wenn dies die Parteien unmissverständlich erklären. Die Parteien können das Übereinkommen auch stillschweigend ausschließen, wenn ihre Absicht unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist (Siehr in H.Honsel, Kommentar zum UN-Kaufrecht, RN 6 zu Art 6). Ein hypothetischer Parteiwille genügt nicht. Es muss ein wirklicher Wille der Parteien vorliegen. Wann dieser vorliegt, bemisst sich nach dem Übereinkommen. Dies führt dazu, dass für die Auslegung der Erklärungen der Parteien (genauso wie für die Auslegung des Verhaltens derselben) die im Art 8 festgelegten Maßstäbe zu beobachten

sind. Danach sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach dem Parteiwillen auszulegen, wenn ihn die andere Partei kannte oder kennen hätte müssen. Ist der subjektive Parteiwillen nicht eindeutig feststellbar ist auf den objektiven Erklärungswert abzustellen, wobei der Maßstab die „vernünftige Person“ in der Lage des Erklärungsempfängers ist.

Das Vorliegen des Parteiwillens bezüglich des Ausschlusses des Übereinkommens muss von Fall zu Fall untersucht werden. Dennoch ist es möglich Fallgruppen herauszubilden, bei denen eine stillschweigende Abbedingung naheliegt (Schlechtriem/Ferrari Art 6 CISG Rn 18 und 19). Das ist z.B. der Fall, wenn die Parteien

- das Recht eines Staates wählen, der im Zeitpunkt der Rechtswahl noch kein Vertragsstaat ist;
- sie das Recht eines Vertragsstaates wählen und dabei das anwendbare nationale Sachrecht (z.B. Recht des BGB) bestimmen;
- das Recht eines Vertragsstaates insoweit wählen, als es von einem anderen Recht eines Vertragsstaates abweicht;
- die Gerichte eines Nichtvertragsstaates im Kaufvertrag prorogieren.

Kein hinreichend deutlich gewordener vollkommener Ausschluss des UN-Kaufrechts liegt etwa vor, wenn die Parteien

- das Recht eines Vertragsstaates als Vertragsstatut bestimmen, ohne zu sagen, dass sie das nationale unvereinheitlichte Recht (z.B. ABGB) meinen;
- die Gerichte eines Vertragsstaates oder ein dort ansässiges Schiedsgericht im Kaufvertrag als Streitinstanz bestimmen; denn für diese Gerichte ist auch das UN-Kaufrecht ein im Forumstaat geltendes Recht;
- im Prozess sich übereinstimmend auf nationales Recht berufen, ohne sich einer nachträglichen Rechtswahl bewusst zu sein;
- die in den beteiligten Vertragsstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze als anwendbares Recht bezeichnen, denn gerade das UN-Kaufrecht stellt für solche Staaten gemeinsame Regeln auf;

- bei Vertragsschluss an die Geltung des UN-Kaufrechtes nicht gedacht haben, denn das UN-Kaufrecht gilt (wie alles objektive Recht) unabhängig vom Willen der Betroffenen (Siehr aaO RN 6 und 7 zu Art 6; siehe auch Schlechtriem/Ferrari aaO Art 6 CISG Rn 20, 21, 22, 31 und 34).

Denjenigen, der vorträgt, dass das CISG ausgeschlossen sei, trifft die Beweislast (Schlechtriem/Ferrari aaO Art 6 CISG Rn 38).

2.3. Der Kläger begründete den von ihm behaupteten Ausschluss der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechtes mit Punkt IX der Liefer- und Vertragsbedingungen der Beklagten, in dem die Anwendung des HGB vorgesehen sei.

Punkt XI der vom Kläger akzeptierten Liefer- und Vertragsbedingungen der Beklagten enthält Regelungen zur Gewährleistung. Nach dem hier relevanten Punkt 1 leistet der Verkäufer Käufern, die Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes sind, Gewähr im Sinne der hierfür bestehenden gesetzlichen Vorschriften. Für Kaufleute sind die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB anzuwenden. Weil das UN-Kaufrecht auf Konsumentenkäufe ohnehin nicht anwendbar ist, ist diese Regelung für die Frage seiner Anwendbarkeit nur insoweit von Bedeutung sein, als darin festgelegt ist, dass bei Kaufverträgen mit Kaufleuten die „gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB“ anzuwenden sind. Ein übereinstimmender Parteiwille dahin, dass trotz der ausdrücklichen Beziehung auf Kaufleute diese Vertragsbedingung auch für Kaufverträge mit Unternehmen, die -wie der Kläger- nicht Kaufleute im Sinne des HGB sind, gelten sollte, wurde im abgeführten Beweisverfahren nicht erwiesen, weil feststeht, dass über den Ausschluss eines Rechtes überhaupt nicht gesprochen wurde und der Wortlaut der Klausel eindeutig dagegenspricht.

Auch eine objektive Auslegung verbietet ein Verständnis in dem vom Kläger gewünschten Sinne. Der klare Wortlaut des Vertragspunktes spricht dagegen, dass ein vernünftiger Käufer ihn dahin aufgefasst hätte, dass die Gewährleistungsbestimmungen des HGB auch

auf Nichtkaufleute angewendet werden sollten. Nachdem feststeht, dass über die Anwendung eines bestimmten Rechtes zwischen den Parteien nicht gesprochen wurde, verbleibt für die Auslegung nur die schriftliche Vertragsklausel, die nahelegt, dass eine Konstellation wie die vorliegende (Käufer ist Unternehmer, aber nicht Kaufmann im Sinne des HGB) nicht bedacht wurde. Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klausel (auch) auf einen ausländischen Vertragspartner abstellt, weil nicht einmal eindeutig klargestellt wird, welches nationale Sachrecht bestimmt werden sollte. Ein schlüssiger Ausschluss des UN-Kaufrechtes durch die Parteien kommt vor diesem Hintergrund nicht in Frage, weshalb auf den Sachverhalt das UN-K anzuwenden ist.

3.1. Im vorliegenden Fall macht der Kläger Sachmängel des gekauften PKWs geltend.

3.2. Nach Art 35 UN-K hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in ihren Sacheigenschaften dem Vertrag und mangels vertraglicher Vereinbarung denjenigen Anforderungen entspricht, die Art 35 Abs 2 UN-K aufstellt. Weicht die Ware von diesen Vorgaben ab haftet der Verkäufer, es sei denn, der Käufer hat den Warenmangel gekannt oder über ihn nicht in Unkenntnis sein können (Art 35 Abs 3) oder er hat ihn nicht ordnungsgemäß gerügt. Unter der Geltung des UN-K bedeutet jede Abweichung der tatsächlich gelieferten Ware von den Anforderungen des Vertrages ohne weitere Differenzierung eine Vertragswidrigkeit im Sinne des Art 35 Abs 1 (Piltz, Internationales Kaufrecht: Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, RN 27 zu § 5).

3.3. Nach Art 36 Abs 1 UN-K haftet der Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit, die im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs besteht, auch wenn sie erst nach diesem Zeitpunkt offenbar wird. Diese Bestimmung verlangt eine Vertragswidrigkeit, die bei Gefahrenübergang schon vorhanden aber nicht offenkundig sein muss. Es genügt, wenn eine vor Gefahrenübergang angelegte Ursache sich erst später auswirkt und erkennbar wird („versteckter Mangel“). Das ist sowohl anzu-

nehmen, wenn der ursprüngliche Mangel erst später - etwa bei Gebrauch - auftritt als auch dann, wenn der Mangel nur im Keim vorhanden war und sich erst nach Gefahrübergang vollständig entwickelt (Magnus aaO, Rn 7 zu Art 36, Schlechtriem/Schwenzer Art 36 CISG Rn 3 und 4).

Nach Art 36 Abs 2 UN-K haftet der Verkäufer auch für nach dem Gefahrenübergang eintretende Warenmängel, wenn er insoweit eine Tauglichkeitsgarantie übernommen hat. Eine Garantie setzt einen entsprechenden Einstandswillen voraus, den der Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend, einseitig oder durch Vereinbarung zum Ausdruck bringen kann (Magnus aaO, Rn 11 zu Art 36).

3.4. Gemäß Art 38 UN-K hat der Käufer die gelieferte Ware zügig auf ihre Vertragsmäßigkeit zu untersuchen. Gemäß Art 39 UN-K kann sich der Käufer auf eine Vertragswidrigkeit der Ware nur berufen, wenn er sie dem Verkäufer ordnungsgemäß innerhalb angemessener Frist, spätestens innerhalb von zwei Jahren nach Übernahme (es sei denn, diese Frist ist mit einer vertraglichen Garantiefrist unvereinbar) anzeigt. Die Mängelanzeige muss die Vertragswidrigkeit hinreichend genau bezeichnen, um den Verkäufer in die Lage zu versetzen, angemessen auf sie reagieren zu können. Jeder Mangel ist für sich zu substantiieren. Die Anzeige eines Mangels wahrt nicht die Rügeobliegenheit hinsichtlich weiterer ebenfalls vorliegender oder später auftretender Mängel. Sie sind gegebenenfalls erneut zu rügen. Die Rüge kann grundsätzlich in jeder Form, auch telefonisch, erfolgen. Die Anzeige ist an den Verkäufer oder eine für ihn empfangszuständige Person zu richten. Der Käufer, der Mängel nicht ordnungsgemäß gerügt hat, verliert in der Regel alle Rechte hinsichtlich dieser Mängel, die ihm aus Art 45ff zustehen würden. Ausnahmen von der Wirkung des Art 39 sehen die Art 40 und 44 vor. Die ordnungsgemäße Rüge hat der Käufer darzulegen und nachzuweisen (Magnus in Honsell, Kommentar zum UN-K, Rn 9, 12, 24, 26 bis 28 und 37 zu Art 39).

3.5. Nach Art 45 Abs 1 UN-K kann der Käufer, wenn der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen nicht erfüllt

- a) die in Art 46 bis 52 vorgesehenen Rechte ausüben;
- b) Schadenersatz nach Art 74 bis 77 verlangen.

3.6. Nach Art 49 Abs 1 UN-K kann der Käufer bei Nichterfüllung der den Verkäufer treffenden Pflichten die Aufhebung des Vertrages erklären. Dieses Recht besteht grundsätzlich nur dann, wenn die Nichterfüllung einer den Verkäufer nach dem Vertrag oder nach dem UN-K obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (Art 49 Abs 1 lit a UN-K).

3.7. Nach Art 25 ist eine Vertragsverletzung dann wesentlich, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass dieser im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen; es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorhergesehen hat und eine vernünftige Person der gleichen Art diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorhergesehen hätte. Art 25 ist grundsätzlich weit zu verstehen: Ein aktueller oder drohender Vermögensschaden ist nicht erforderlich, vielmehr werden auch andere Beeinträchtigungen erfasst, etwa eine Behinderung der geschäftlichen Dispositionen oder eine Beeinträchtigung des Rufes der vertragstreuen Partei. Der Nachteil muss ein solches Ausmaß haben, dass der anderen Partei „im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen“. Entscheidend ist nicht der hypothetische Abschlusswillen der vertragstreuen Partei sondern eine Bewertung ihrer nunmehrigen Interessenslage, die durch die Wendung „was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen“, objektiviert ist. Art 25 verlangt demnach eine objektive Beeinträchtigung der Interessen der vertragstreuen Partei. Diese ist ex post zu beurteilen. Als Maßstab für ihre Bewertung dient primär der Vertrag. Es kommt darauf an, welche Erwartungen aus dem Vertrag gerechtfertigt sind. In einem zweiten Schritt ist der Vertrag auszulegen und daraus der Maßstab für die Bewertung der Pflichtverletzung und

der dem Gläubiger entstandenen Nachteile zu ermitteln. Dabei ist nicht nur der Vertragstext von Bedeutung, sondern es sind auch die bis zum Vertragsschluss vorliegenden sonstigen Umstände zu berücksichtigen, wie etwa die Gespräche der Parteien während der Vertragsverhandlungen und die dem Schuldner erkennbaren geschäftlichen Dispositionen des Gläubigers. Insoweit entscheidet naturgemäß der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Zunächst kommt es darauf an, welche Bedeutung die Parteien der betreffenden Pflicht beigemessen haben. Des Weiteren kommt es darauf an welche Interessen der betroffenen Partei vertraglich geschützt sein sollen. Zu ermitteln ist also der Vertragszweck, den die vertragstreue Partei verfolgt. Bei Verletzungen der Lieferpflicht und bei vertragswidriger Ware geht es vor allem um den vom Käufer beabsichtigten Verwendungszweck. Dabei werden allgemein zu erwartende Verwendungszwecke im Zweifel abgedeckt sein, besondere hingegen nur dann, wenn sie zumindest in den Vertragsverhandlungen erwähnt wurden. Die beiden Kriterien - objektive Interessenbeeinträchtigung sowie Bewertung der Pflichten und Interessen durch den Vertrag- sind im Rahmen einer umfassenden Interessensabwägung zu würdigen (Karollus in H. Honsell aaO Rn 14 bis 22).

4. Aus dieser Gesetzeslage ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt Folgendes:

4.1. Die Klägerin macht primär einen Anspruch auf Vertragsaufhebung, eventualiter Ansprüche auf Schadenersatz und Preisminderung geltend. Alle diese Ansprüche sind von der von der Beklagten übernommenen Tauglichkeitsgarantie nicht umfasst, da sie nur einen Anspruch auf Instandsetzung oder Austausch schadhafter Teile vorsieht. Die vereinbarte Garantie kann daher die Ansprüche des Klägers nicht stützen.

4.2. Das bedeutet, dass die Beklagte nach Art 36 Abs 1 UN-K nur für jene Vertragswidrigkeiten einzustehen hat, die zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges, der sich in dem für den Kläger günstigsten Fall nach 69 UN-K nach dem Zeitpunkt der Übernahme der Ware

durch ihn bestimmt, vorhanden waren. Im vorliegenden Fall erfolgte die Übergabe des Fahrzeuges an den Kläger im Mai 2002. Demgemäß scheiden Ansprüche des Klägers aus den im Winter 2002/2003 aufgetretenen Rissen an den Türen im Bereich des Überganges zum Türblatt schon deshalb aus, weil sie erst nach dem Gefahrenübergang aufgetreten sind.

4.3. Hinsichtlich des Mangels, der dazu führte, dass sich die Türen bei höheren Außentemperaturen nicht öffnen lassen, sowie hinsichtlich der weiteren Mängel, die etwa Mitte Juni 2002 gegenüber der Nebenintervenientin gerügt wurden (Feststellungen Seite 10 des Ersturteils) scheitern sämtliche Ansprüche daran, dass die Mängelrüge nicht gegenüber der beklagten Verkäuferin erklärt wurde. Dass die Nebenintervenientin oder andere C****- Händler, denen gegenüber der Kläger diese Mängel rügte, für den Empfang der Mängelrüge zuständig gewesen wäre, behauptete der Kläger, der die ordnungsgemäße Rüge darzulegen und nachzuweisen hat, nicht.

4.4. Damit sind Ansprüche aus den in den Punkten 4.2. und 4.3. erörterten Mängeln schon jetzt abschliessend zu verneinen. Unter Vernachlässigung dieser Mängel ergibt sich zur Frage, welche Mängel am Fahrzeug des Klägers nach Durchführung der zahlreichen Mängelbehebungsversuche zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch vorlagen Folgendes:

5.1. Positiv festgestellt wurden folgende Mängel:

- 1) Flackern des Scheinwerferlichtes
- 2) Hartwerden der hydropneumatischen Federung
- 3) Als nach wie vor vorhanden gilt der für den Totalausfall der Elektronik verantwortliche Mangel, zu dessen Behebung der Erstrichter eine negative Feststellung traf.

Hinsichtlich dieser Mängel ist davon auszugehen, dass sie im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges zumindest latent vorhanden waren, weil sie sie sehr bald nach der Übergabe an den Kläger auftraten.

5.2. Hinsichtlich der Mängel, die der Sachverständige DI H***** bei der Befundaufnahme am 20.10.2003 feststellte (S 17 und 18 des Ersturteils) traf der Erstrichter keine ausdrückliche Feststellung über den Zeitpunkt ihres Auftretens. Die Ausgestaltung dieser Mängel weist jedoch eindeutig auf einen von Anfang an vorhandenen Mangel (Serienfehler) hin, weshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass auch diese Mängel zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges schon vorhanden waren.

5.3. Bezüglich dieser Mängel ergibt sich aus den erstgerichtlichen Feststellungen aber nichts Verlässliches darüber, ob sie zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch vorhanden waren. Das ist für die Beurteilung ob eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt nicht weiter relevant, weil es sich bei diesen Mängeln insgesamt nur um geringfügige Mängel (im Wesentlichen Schönheitsfehler) handelt, die eine Vertragsaufhebung nicht rechtfertigen könnten.

5.4. Hinsichtlich der anderen noch vorhandenen Mängel (Pkt 5.1.) ist davon auszugehen, dass sie die Interessen des Klägers objektiv beeinträchtigen. Diese Mängel treten immer wieder plötzlich auf, wodurch das Fahrzeug unverlässlich wird, was für einen KFZ-Sachverständigen, der das Fahrzeug zur Berufsausübung ständig benötigt, ein großes Manko bedeutet. Die Mängel beeinträchtigen auch die Fahrsicherheit, weshalb der Kläger nicht nur in seiner geschäftlichen Disposition sondern auch in seiner körperlichen Sicherheit gefährdet ist. Dazu kommt, dass es trotz intensiver Bemühungen nicht nur der Beklagten und der Nebenintervenientin sondern auch anderer C*****-Vertragshändler nicht gelungen ist, die Mängel zu beheben, und zwar über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr. Wenn die Mängel nicht ohnehin unbehebbar sind und deshalb eine wesentliche Vertragsverletzung begründen, wurden sie zumindest in einem unvertretbar langem zeitlichen Rahmen nicht beseitigt. Eine weitere Verwendung des Fahrzeuges mit den Mängeln kann insbesondere angesichts der Gefahr für die Sicherheit der Insassen nicht erwartet wer-

den. Es kann auch nicht verlangt werden, dass das mit Sicherheitsmängeln behaftete Fahrzeug weiterveräußert wird um so die Vertragsaufhebung zu verhindern. Daher ist davon auszugehen, dass die genannten Mängel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen, die bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Aufhebung des Vertrages nach Art 49 UN-K rechtfertigen könnten (vgl Piltz aaO, RN 247 und 249 zu § 5).

6. Die Nebenintervenientin, die bereits im Verfahren erster Instanz behauptete, dass der Kläger allfällige Ansprüche nach dem UN-K verwirkt habe, weil er das Fahrzeug in Kenntnis der Mängel weiterbenutzt habe, hält dem Aufhebungsbegehren in der Berufung Art 82 UN-K entgegen, nach dem die Weiternutzung des Fahrzeuges ab Kenntnis der Mängel die Aufhebung des Vertrages ausschließe.

6.1. Nach Art 82 Abs 1 UN-K verliert der Käufer das Aufhebungsrecht, wenn es ihm unmöglich ist, die Ware im Wesentlichen in dem Zustand zurückzugeben, in dem er sie erhalten hat. Art 82 Abs 2 UN-K enthält Ausnahmen vom Grundsatz der unversehrten Rückgabe. Nach Art 82 Abs 2 lit c findet der Abs 1 keine Anwendung, wenn der Käufer die Ware ganz oder teilweise im normalen Geschäftsverkehr verkauft oder der normalen Verwendung entsprechend verbraucht oder verändert hat, bevor er die Vertragswidrigkeit entdeckt hat oder hätte entdecken müssen. Diese Ausnahmeregelung gilt nur bis zum Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels, d.h. der Kenntnis der Möglichkeit der Vertragsaufhebung. Von diesem Zeitpunkt an untersteht die vertragstreue Partei der Rückgabepflicht (Art 81 Abs 2), mit welcher sich eine Verfügung über die Ware nicht vereinbaren lässt (Weber in H.Honsell aaO, Rn 24 zu Art 82). Von der Kenntnis der Rückgabemöglichkeit an entsteht für den Käufer eine potentielle Rückgabepflicht, mit der sich eine weitere unbeschränkte Verfügung über die Sache oder ihre Verwendung nicht vereinbaren lässt. Art 82 Abs 1 UN-K mit seinem Grundsatz der unversehrten Rückgabe entfaltet ab dann seine Sperrwirkung. Eine Vertragsaufhebung ist danach bei Veränderung, Verbrauch oder Gebrauch wie bei Weiterverkauf nicht

mehr zulässig (Schlechtriem/Leser/Hornung Art 82 CISG, Rn 27; Karollus, UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 151).

6.2. Hinsichtlich der Mängel, die nach den Ausführungen zu Punkt 5.4. eine wesentliche Vertragsverletzung begründen, ist davon auszugehen, dass sie vom Kläger relativ bald nach der Übernahme des Fahrzeuges im Mai 2002 entdeckt wurden. Mängel an der Elektronik rügte er nach den Feststellungen bereits etwa Mitte Juni 2002. Das Flackern des Lichtes trat ebenfalls schon relativ bald nach der Auslieferung des Fahrzeuges auf. Das Problem mit der hydropneumatischen Federung wurde vom Kläger, gleich wie die beiden anderen Mängel in seinem Schreiben an Herrn L***** vom 18.9.2002, Beilage ./1 erwähnt -das wird aus dieser Urkunde ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit (siehe RIS-Justiz RS0042533; RS0118509; 1 Ob 189/03f) ergänzend festgestellt-, womit klargestellt ist, dass auch dieser Mangel, gleich wie die beiden anderen Mängel, dem Kläger bereits in den ersten Monaten nach der Übernahme des Fahrzeuges bekannt waren. Trotzdem benützte er sein Fahrzeug weiter, was durch den Umstand belegt ist, dass er bereits im Herbst 2002 das 60.000 km- Service in Anspruch nahm. Im September 2003, ab welchem Zeitpunkt der Kläger das Fahrzeug nicht mehr benützte, betrug der Kilometerstand schließlich etwa 112.000. Daraus ergibt sich, dass der Kläger sein mangelhaftes Fahrzeug trotz Kenntnis der Mängel weiterbenützte. Er benützte es jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Vertragsaufhebung gegenüber der Beklagten erklärte. Weil diese Erklärung direkt an den Vertragspartner gerichtet werden muss und Mitteilungen gegenüber einem Dritten, die dem Vertragspartner lediglich indirekt und zufällig zur Kenntnis gelangen, nicht genügen (Karollus in H.Honsell aaO RN 14 zu Art 26), ist das Schreiben des Klagevertreters vom 3.1.2003 an die Nebenintervenientin nicht als rechtswirksame Aufhebungserklärung zu qualifizieren. Demgemäß wurde, weil auch im Anwendungsbereich des UN-K die Vertragsaufhebung mit der Klage erklärt werden kann (RIS-Justiz RS0113572),

die Vertragsaufhebung durch die Erhebung der gegenständlichen Klage und somit am 20.5.2003 erklärt. Auch wenn der exakte Kilometerstand für diesen Zeitpunkt nicht feststeht, ist angesichts des Umstandes, dass die Mängel sehr bald nach der Auslieferung des Fahrzeuges vom Kläger erkannt und auch gerügt wurden und das Fahrzeug im September 2003 112.000 km aufwies, unzweifelhaft davon auszugehen, dass der Kläger in der Zeit zwischen dem Entdecken der Mängel und der Erhebung der gegenständlichen Klage sein Fahrzeug weiter benützte. Demgemäß kommt ihm die im Art 82 Abs 2 UN-K enthaltene Ausnahme vom Grundsatz der unversehrten Rückgabe nicht zugute. Weil es ihm nicht mehr möglich ist, das Fahrzeug in neuwertigen Zustand, in dem er es erhalten hat, zurückzustellen, hat er ein allfälliges Vertragsaufhebungsrecht trotz der Wesentlichkeit der Vertragsverletzung verloren.

7. Der Kläger stützt sein Zahlungsbegehren auch auf Schadenersatz.

7.1. Erfüllt der Verkäufer eine seiner aus dem Vertrag oder aus dem UN-K folgenden Pflichten nicht, gewährt Art 45 Abs 1 lit b UN-K dem vertragstreuen Käufer das Recht, Schadenersatz nach Art 74 bis 77 zu verlangen. Der Schadenersatzanspruch wird somit als allgemeiner Rechtsbehelf für Vertragsverletzungen vorgesehen. Aus Art 45 Abs 2 ergibt sich die volle Konkurrenz zwischen dem Recht auf Schadenersatz und den vertraglichen Rechtsbehelfen nach den Art 46 bis 52. Der vertragstreue Teil kann jeweils wählen, ob er einen solchen vertraglichen Rechtsbehelf oder Schadenersatz begehrt und er kann auch beides kumulieren. Anknüpfungspunkt der Haftung ist die objektive Verletzung einer Vertragspflicht. Unabhängig vom Verhaltensunrecht und Verschulden hat der Schuldner dafür einzustehen, dass er eine ihn treffende Pflicht nicht erfüllt hat. Anders als im österreichischen Schadenersatzrecht besteht die Haftungsgrundlage nicht in der Verletzung einer näher präzisierten Sorgfaltspflicht, sondern pauschal in der Nichterfüllung der vertraglichen Leistungspflicht. Nach Art 74 UN-K ist einer Partei, der ihr durch die Vertragsverletzung der ande-

ren Partei entstandene Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen. Unmaßgeblich für die Ersatzpflicht bleibt, ob die Vertragsverletzung einen unmittelbaren oder mittelbaren, direkten oder indirekten Schaden verursacht, vorausgesetzt wird nur, dass der Schaden für den Vertragsbrüchigen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar war oder er ihn vorhersehen hätte müssen. Der Schadenersatz ist nach dem UN-K stets in Geld zu leisten. Im Falle des Aufrechterbleibens des Vertrages kann der Käufer bei Lieferung mangelhafter Ware den Mangelminderwert der Ware als Nichterfüllungsschaden im engeren Sinn begehren. Mangelminderwert ist die Differenz zwischen jenem Wert, den die Ware im vertragsgemäßen Zustand aufgewiesen hätte und dem Wert der tatsächlich gelieferten (mangelhaften) Sache (Karollus, aaO, 205f, 213f, 223; Schönle in H.Honsell, Kommentar zum UN-K, Rn 10, 13, 18 und 31).

7.2. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die Beklagte für den durch die noch vorhandenen Mängel verursachten Minderwert des Fahrzeuges des Klägers aus dem Titel Schadenersatz einzustehen hat und grundsätzlich auch die vom Erstgericht zugesprochenen Kosten von € 1.000,- für Telefon- und Fahrtkosten im Zusammenhang mit den unzähligen Mängelbehebungsversuchen in verschiedenen C*****-Werkstätten, deren Höhe in keiner der Berufungen in Frage gestellt wird, berechtigt sind. Allerdings ist auch für die Berechtigung eines Schadenersatzanspruches Voraussetzung, dass der Kläger die Mängel im Sinne des Art 39 UN-K ordnungsgemäß gerügt hat.

7.3. Eine verspätete Mängelrüge behauptete die Nebenintervenantin im Verfahren erster Instanz nur „unter den Bestimmungen des HGB“ (ON 35, Seite 3). Der erstmals im Berufungsverfahren von ihr erhobene Einwand, der Kläger habe die Mängel (auch im Falle der Anwendbarkeit des UN-K) verspätet gerügt, kann daher wegen des im Berufungsverfahren geltenden Neuerungsverbot es nicht berücksichtigt werden.

7.4. Die Beklagte behauptete im Verfahren erster Instanz jedoch, dass der Kläger die meisten Mängel nicht gegenüber der Be-

klagten, sondern gegenüber anderen C*****-Werkstätten, die er im Rahmen der von C***** in Österreich gewährten österreichweiten Garantie aufgesucht habe, gerügt habe (ON 35 Seite 3). Ob und hinsichtlich welcher noch vorhandener Mängel dies zutrifft ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil nicht, weil Feststellungen dazu fehlen. Daher leidet das erstinstanzliche Urteil insoweit an einem Feststellungsmangel, der vom Berufungsgericht im Rahmen der umfassenden Überprüfung der rechtlichen Beurteilung aufzugreifen war und zur Aufhebung des angefochtenen Urteiles führt.

7.5. Hinsichtlich der Mängel, die der Sachverständige DI H***** bei der Befundaufnahme am 20.10.2003 erhob, ergibt sich, abgesehen davon, dass nicht feststeht, ob sie gegenüber der Beklagten gerügt wurden, aus den erstgerichtlichen Feststellungen auch nicht mit der erforderlichen Sicherheit, ob sie noch vorhanden sind. Daher leidet das erstinstanzliche Urteil auch insoweit an einem Feststellungsmangel, der im fortgesetzten Verfahren zu beheben sein wird.

8. Im fortgesetzten Verfahren wird die Entscheidungsbasis durch Feststellungen zu den in den Punkten 7.4. und 7.5. erörterten Themen zu ergänzen sein. Stellt sich danach heraus, dass die Ansprüche des Klägers daran scheitern, dass die Mängelrüge nicht gegenüber dem richtigen Adressaten erhoben wurde, wird das restliche Klagebehren zur Gänze abzuweisen sein. Andernfalls wäre der aus den noch vorhandenen Sachmängeln resultierende Minderwert des Fahrzeuges des Klägers zu ermitteln und dieser zusätzlich zu dem vom Erstgericht mit € 1.000,- ermittelten Betrag für Spesen im Zusammenhang mit der Mängelbehebung zuzusprechen.

9. Der vom Erstgericht zugesprochene Betrag von € 3.000,- für entgangene Serviceleistung aufgrund der „Wandlung des Kaufvertrages“ ist ausgehend davon, dass das Berufungsgericht das Recht auf Vertragsaufhebung verneint, nicht berechtigt. In diesem Umfang war das erstinstanzliche Urteil daher abzuändern.

10.1. Nachdem eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur relevanten Frage der unversehrten Rückgabe nach Art 82 UN-

K nicht aufgefunden werden konnte, waren die ordentliche Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zuzulassen.

10.2. Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 ZPO.

Oberlandesgericht Linz, Abt. 6

am 23. Jänner 2006

Dr. Wolfgang Moser

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: